

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Hélio Mamede Frota, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Auditor Estadual, Engenheiro Civil e Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Atualização do Curso Veredictum/UNIT Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Universidade Potiguar/Curso Damásio de Jesus. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL; IPAN; REDE LFG. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual - Grandes Transformações - UNISUL; IPAN; REDE LFG. Ex-aluno do Curso Anual da Escola Superior da Magistratura de Sergipe/ESMESE.

RESUMO: As operações de lavagem de dinheiro possuem dimensões transnacionais. O Brasil necessitava de uma legislação que contivesse a macrocriminalidade econômica. Em razão disso, criou a Lei de Lavagem para atender às pressões internacionais e aos compromissos firmados com outros países. O progresso tecnológico e a globalização da economia trouxeram também a possibilidade destes crimes ocorrerem no mercado econômico de modo vertiginoso. A lavagem é um procedimento complexo e dinâmico que visa a conferir aparente licitude a uma captação de ativos comerciais e financeiros oriundos de atividades ilícitas. Este artigo jurídico destaca os reflexos da reforma

processual penal e as controvérsias relacionadas à Lei nº 9.613/1998, a qual dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro; economia; ativos; reforma; controvérsias.

ABSTRACT: The money-laundering operations have transnational dimensions. Brazil needed a law that contained the macrocriminalidade economy. Because of this, created the Law of washing to meet international pressures and commitments made with other countries. Technological progress and globalization of the economy also brought the possibility of these crimes occur in the financial market so giddy. The washing is a complex and dynamic process that aims to give apparent legitimacy to an illegal capture of financial and business assets from illicit activities. This article highlights the legal consequences of the reform of criminal procedure and the controversies related to Law No. 9613/1998, which provides for the crimes of washing or concealment of property, rights and values.

KEYWORDS: Money laundering; business; assets; retirement and controversies.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve Histórico; 3. Características e Fases da Lavagem de Dinheiro; 3.1 Crimes Antecedentes; 3.1.1 Tráfico Ilícito de Entorpecentes ou Drogas Afins; 3.1.2 Terrorismo e seu Financiamento; 3.1.3 Contrabando ou Tráfico de Armas, Munições ou Material Destinado à sua Produção; 3.1.4 Extorsão Mediante Sequestro; 3.1.5 Contra a Administração Pública; 3.1.6 Contra o Sistema Financeiro Nacional; 3.1.7 Praticado por Organização Criminosa; 3.1.8 Praticado por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira; 3.2 Tipos Penais; 3.3 Sujeitos: Ativo e Passivo; 3.4 Bem Jurídico Protegido; 3.5 Tipo Objetivo e Subjetivo; 4 Disposições Processuais; 4.1 Procedimento; 4.2 Competência; 4.3 Denúncia; 4.4 Suspensão do Processo; 4.5 Proibição de Fiança; 4.6 Proibição da Liberdade Provisória; 4.7 Restrição ao Direito de Apelar em Liberdade; 4.8

Inversão do Ônus da Prova; 4.9 Ação Controlada; 4.10 Sigilo Profissional; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro provoca consequências danosas na economia. É indubitável que a circulação de capitais de origem ilícita na economia ameaça e atinge os pilares de sustentação da ordem socioeconômica de um país. A inflação, o desemprego, a má-distribuição de renda e o desequilíbrio da balança de pagamentos, em certa medida, são consequências da lavagem de capitais no mundo moderno. É importante mencionar que a lei brasileira foi idealizada, com algumas modificações, de acordo com o modelo concebido pela comunidade jurídica internacional. O legislador criou regras materiais e processuais diferenciadas para processar e julgar os agentes da lavagem de capitais.

A lavagem de dinheiro é um crime comum, doloso e sempre derivado de outro crime que lhe é antecedente.

O objeto material do crime de lavagem de dinheiro são os bens direitos ou valores (quaisquer títulos de crédito) oriundos direta ou indiretamente da prática de um crime antecedente. O objeto material da lavagem de dinheiro está definido no art. 1º “q” da Convenção de Viena.

Somente é possível a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro quando a ocultação ou dissimulação dos bens, direitos ou valores for proveniente de algum dos crimes elencados no art. 1º da lei. O legislador cominou para o lavador pena de reclusão de 03 (três) a 10 (dez) anos e multa. Entende-se que aqui há violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que as condutas atinentes aos crimes antecedentes não possuem o mesmo grau de reprovabilidade. Ademais, os bens jurídicos ofendidos pela prática dos crimes pressupostos demandam diferentes valorações pelo juiz.

A pena deve ser proporcional à gravidade do delito praticado. É importante observar que o móvel da Lei 9.613/98 é criminalizar a conduta do lavador e não a do agente do crime antecedente.

2. BREVE HISTÓRICO

A expressão lavagem de dinheiro surgiu na década de 20, nos Estados Unidos da América. Naquela época, a Máfia criava lavanderias para ocultar e dissimular a origem ilícita dos seus ativos.

As principais fontes normativas sobre lavagem de dinheiro são: a Convenção de Viena de 19/12/1988, a Recomendação R-80 do Conselho Europeu, a Declaração de Basiléia, os informes do G.A.F.I. (Groupe d'Action Financière sur Le Blanchiment de Capitaux ou Financial Action Task Force on Money Laundering), a Recomendação da OEA de 1990, a Assembleia Geral da OEA, de maio de 1992, a Cúpula das Américas de 1994, a Conferência Ministerial sobre Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime realizada em Buenos Aires em dezembro de 1995, a Conferência Mundial sobre Drogas realizada em New York em junho de 1998 e a Convenção de Palermo em novembro de 2000 (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional).

A lavagem de dinheiro recebe denominações diferenciadas em alguns países, a saber: branqueamento de dinheiro (Portugal), blanqueo de dinero ou de capitales (Espanha), money laundry (Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra), geldwache (Alemanha), lavado de dinero (Argentina), riciclagio (Itália), blanchiment de capitaux ou blanchiment d'argent (França, Bélgica)¹.

A Convenção de Viena foi um marco histórico no combate à lavagem de dinheiro. Inicialmente, somente o tráfico ilícito de entorpecentes era considerado crime antecedente ao delito de lavagem de dinheiro. Tratava-se da legislação de primeira geração.

Esta legislação estava limitada a punir os agentes da lavagem de dinheiro quando os bens, direitos ou valores fossem provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes.

¹ DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 544-545

Naquela época, vários Estados se conscientizaram de que era imprescindível punir aqueles agentes da criminalidade organizada que obtinham vultosas riquezas decorrentes da prática de delitos.

3. CARACTERÍSTICAS E FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A legislação brasileira adotou o modelo trifásico do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI). Também o Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF - adotou este modelo.

A lavagem de capitais contém três fases. É possível que as fases ocorram simultaneamente. Não há separação rígida ou cronologia definida entre as fases.

É possível haver consumação do crime de lavagem ainda que não estejam concluídas as três fases. A seguir, estarão descritas as fases:

1 - colocação ou *placement*: é a introdução do dinheiro ilícito em espécie no sistema financeiro e nos diversos setores da economia. Ocorre fracionamento do capital por meio de depósitos em valores menores (técnica do smurfing) que são depositados em contas correntes ou destinados a aplicações financeiras. Também, muitas vezes, o capital, uma vez fracionado, é aplicado em estabelecimentos comerciais, a saber: restaurantes, bingos, casas de câmbio, postos de gasolina, hotéis, etc. A lavagem ou branqueamento de capitais é caracterizada pela expressiva movimentação de dinheiro. Nesta fase, o lavador procura distanciar e desvincular o capital de sua origem ilícita. Também é a fase que oferece maiores riscos aos lavadores.

2 - ocultação, dissimulação, transformação, *layering ou empilage*: sua finalidade é dificultar e disfarçar a ciência da origem ilícita bem como impedir o rastreamento dos ativos. Neste caso, ocorrem transferências eletrônicas de capitais para contas não identificadas e remessas para paraísos fiscais. É comum a compra de bens de alta liquidez (jóias, ouro), criação de empresas fictícias e de fachada, vendas ilícitas ou fictícias de ativos em bolsa de valores.

Paraíso fiscal é o país que não tributa a renda ou que a tributa à alíquota máxima inferior a 20% (art. 24 da lei 9.430/96).

Em geral, os paraísos fiscais possuem leis rígidas que garantem o sigilo bancário absoluto para seus clientes. É óbvio que os paraísos fiscais não têm interesse em celebrar acordos internacionais com outros países para coibir a lavagem de dinheiro. De acordo com Rodolfo T. Maia (1998) citado por Luciano P. M. Feldens².

Sob essas características, há cerca de 70 países ainda considerados paraísos fiscais, como: Bahamas, Bermudas, Chipre, Dubai, Gibraltar, Hong Kong, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Luxemburgo, Mônaco e Uruguai.

3 - integração ou integration: os valores com aparência lícita são formalmente reintroduzidos no sistema econômico de origem. Há conversão do dinheiro de origem ilícita em capital aparentemente lícito através da aquisição de imóveis e ações, abertura de empresas de fachada etc. Também é possível a celebração de empréstimos com empresas *off shore* bem como a remessa de valores em espécie para paraísos fiscais que posteriormente são transferidos para o país de origem. O dinheiro estaria “limpo” após vencer esta fase.

3.1 CRIMES ANTECEDENTES

A Lei nº 9.613/1998, fruto de inspiração nas legislações de segunda geração, adotou um rol taxativo de crimes precedentes ao de lavagem de dinheiro. A elaboração de rol taxativo pode redundar em obstáculos à persecução penal. É sabido que no mundo globalizado sempre é possível o surgimento de novas infrações penais que poderiam ser antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro.

Porém, alguns entendem que o Brasil adotou um rol misto de crimes antecedentes em razão da previsão aberta contida no art.1º, inciso VII

² MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* (lavagem de ativos provenientes de crimes). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98, pp. 54-55. In: FELDENS, LUCIANO, POETA, MARTINS. *Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 210.

desta lei. Isso porque qualquer crime praticado por organização criminosa em que haja ocultação ou dissimulação de valores pode ser antecedente ao de lavagem. Por conseguinte, o rol previsto no art. 1º desta lei deixaria de ser taxativo. Aqui, um exemplo seria oportuno:

Suponhamos que o legislador, atento ao princípio da legalidade penal, venha a definir organização criminosa: Pois bem, havendo uma organização criminosa que cometa estelionato, será possível a consumação da lavagem de dinheiro se os valores provenientes daquele crime forem ocultados ou dissimulados.

A legislação de terceira geração adota o modelo de rol aberto. Nesse sentido, qualquer infração penal pode ser antecedente à lavagem de dinheiro. A Itália, Inglaterra, Suíça, Espanha e Áustria adotam este modelo.

É indubitoso que a Lei de Lavagem não adotou um rol meramente exemplificativo de crimes antecedentes. Convém lembrar que há anteprojeto de lei tramitando no Congresso Nacional pretendendo revogar aquele rol do art.1º desta lei.

Com efeito, seria possível a tipificação da lavagem de dinheiro quando os ativos fossem provenientes de qualquer infração penal. Assim, por exemplo, contravenções penais, estelionato, tráfico internacional de mulheres, desde que gerem ativos para a lavagem poderiam ser consideradas infrações penais antecedentes à lavagem de dinheiro.

O crime de lavagem de dinheiro é acessório, secundário, parasitário, pois depende da ocorrência de um crime precedente contido no rol taxativo do art. 1º desta lei. Portanto, o crime de lavagem deriva necessariamente da existência de um crime base.

A lei de lavagem de dinheiro define quais as condutas antecedentes e depois remete cada qual a uma lei específica (lei penal em branco). Estão excluídos do âmbito de incidência desta lei o dinheiro, bens ou valores ocultados ou dissimulados se provenientes da prática de contravenção penal.

3.1.1 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES OU DROGAS AFINS

A Convenção de Viena inicialmente previa apenas o tráfico ilícito de entorpecentes como antecedente à lavagem de capitais. Hoje, sem

dúvida, o narcotráfico é uma atividade ilícita que gera vultosas somas de recursos para serem introduzidas no ciclo da lavagem.

O tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins está previsto nos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343/2006.

No entanto, a doutrina diverge acerca da inclusão da associação para o tráfico (art.35 da Lei 11.343/2006) como crime antecedente.

O crime de associação para o tráfico só pode ser considerado delito antecedente se o valor ocultado ou dissimulado for originário do tráfico de entorpecentes.

O sujeito ativo do crime de associação para o tráfico pode ser diverso do agente que praticou a lavagem de capitais.

Caso algum membro da associação obtenha bens ou valores poderá ser partícipe do crime de associação para o tráfico.

Tais considerações estão descritas no seguinte julgado do TRF/4º Região, senão vejamos:

PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 14 DA LEI 6.368/76). AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DELITO ACESSÓRIO. TIPICIDADE.

1. Lavagem de dinheiro é delito acessório que pressupõe a existência de um crime antecedente. 2. *A associação para o tráfico, consoante abalizada doutrina, constitui uma das hipóteses previstas no art. 1º, I, da Lei 9.613/98. No caso sub judice, o acusado apresenta também diversas condenações pelo ilícito inculcado no art. 12 da Lei de Tóxicos.* 3. O autor do branqueamento de ativos não precisa necessariamente ter concorrido para a prática do crime principal, podendo dele participar na forma do art. 29 do CP, ou ainda do art. 1º, § 1º. Da legislação específica. 4. Lavagem de dinheiro comprovada pela extensa movimentação de recursos financeiros e bens materiais, oriundos do tráfico de drogas, praticado por um dos réus em nome de sua mãe, co-acusada, que não dispunha de receitas compatíveis. A ocultação e/ou dissimulação restou evidenciada inclusive pela

tentativa de demonstrar junto ao Fisco a origem fictícia dos recursos (TRF4 – ACR 2003. 71.00.046933-0 8ª. Turma, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 24/10/2007³).

3.1.2 TERRORISMO E SEU FINANCIAMENTO

O repúdio ao terrorismo é um dos princípios da República Federativa do Brasil. O terrorismo é um crime equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de graça e anistia.

A lei procura evitar que o dinheiro obtido por meio do terrorismo venha a ser empregado para fomentar novas ações terroristas. O certo é que o legislador ainda não tipificou a conduta atinente ao terrorismo. Todavia, podemos notar que a lei que trata dos crimes contra a Segurança Nacional (art. 20 da Lei nº 7.170/83) somente dispõe vagamente sobre atos de terrorismo.

A lei penal não definiu a descrição da conduta terrorismo. Segundo o art. 5º, XXXIX da CF/88, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O agente que, no Brasil, obtivesse dinheiro proveniente de terrorismo e de seu financiamento, e depois o oculta ou dissimula sua origem ilícita, não poderia, face ao princípio da taxatividade da lei penal, ser punido pelo crime de lavagem de dinheiro.

3.1.3 CONTRABANDO OU TRÁFICO DE ARMAS, MUNIÇÕES OU MATERIAL DESTINADO À SUA PRODUÇÃO

A Lei nº 10.826/2003 em seus artigos 17 e 18 define respectivamente as condutas de comercialização e tráfico internacional de armas. O art.12 da Lei nº 7.170/83 também tipifica a conduta de importar ou introduzir no território nacional, sem a autorização competente, armamento militar privativo das Forças Armadas.

³ FELDENS, Op. cit. , p. 218.

O dinheiro sujo proveniente do crime de contrabando ou tráfico de armas e munições ingressa na economia formal sendo lavado em fases e depois retorna ao mercado econômico.

3.1.4 EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

É crime contra o patrimônio descrito no art.159 do Código Penal. Também é crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 1º, IV). A lei procura evitar que o dinheiro obtido em razão do resgate venha depois a sofrer processo de lavagem.

3.1.5 CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São os crimes previstos nos arts. 312 a 359 do Código Penal, quais sejam: crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral; dos crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira; dos crimes contra a administração da justiça e crimes contra as finanças públicas. Também estão incluídos os crimes previstos nos arts. 89, 90, 92, 95 e 96 da Lei de Licitações⁴. É o dinheiro da sociedade que é ilicitamente “retirado” dos cofres públicos, para depois ser submetido à lavagem. Obviamente, alguns crimes contra a administração pública não podem ser considerados antecedentes porque não geram valores para o ciclo de lavagem. Podemos citar os crimes de abandono de função, desacato, resistência e desobediência.

O crime de contrabando (art. 334 do CP) já se encontra previsto no inciso V da art.1º desta lei. Portanto, é redundante a sua inclusão no art.1º, inciso III desta lei⁵. Também se mostra desnecessário estampar na parte final deste inciso a previsão atinente ao crime de concussão.

3.1.6 CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O sistema financeiro nacional está previsto no art.192 da CF/88. Os crimes antecedentes à lavagem de capitais estão tipificados nos arts. 2º a 24º da Lei nº 7.492/86.

⁴FELDENS, Ibidem, 2009.

⁵Idem, 2009.

Na prática, as espécies delitivas que mais aparecem como antecedentes à lavagem são aquelas inscritas nos artigos 4º (gestão fraudulenta de instituição financeira) 5º (apropriação ou desvio de valores), 11 (“caixa 2” de instituição financeira) e 22 (evasão de divisas)⁶

De acordo com o art. 109, VI da CF/88, são crimes da competência exclusiva da Justiça Federal.

Os crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8137/90 não são considerados antecedentes à lavagem de dinheiro. O crime de sonegação fiscal, apesar de sua potencialidade para gerar grandes somas de ativos, não foi incluído como delito antecedente à lavagem. No entanto, o Item nº 34 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 explica tal exclusão⁷. Aqui o legislador foi omissivo, pois se a infração atingir o sistema financeiro internacional e o dinheiro for introduzido aqui no país, haverá crime de lavagem de dinheiro.

3.1.7 PRATICADO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O legislador brasileiro ainda não definiu organização criminosa. O legislador ordinário apenas definiu os conceitos de quadrilha ou bando (CP art. 288) e associações criminosas para o tráfico de entorpecentes (art.35 da Lei nº 11.343/06). Convém lembrar que o Projeto de Lei nº 2.858/00 pretende criar o tipo atinente às organizações criminosas, senão vejamos:

Art. 1º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940 (Código Penal), fica acrescido do seguinte artigo:
“Organização criminosa. Art. 288-A. Associarem-se mais de três pessoas, em grupo organizado, por meio de entidade jurídica ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime: Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa.
§ 1º. Aumenta-se a pena de um terço à metade se

⁶ FELDENS, Loc. cit., 2009, p. 220.

⁷ DELMANTO, Op. cit., p. 558.

o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa. § 2º. O participante e o associado que colaborar para o desmantelamento da organização criminosa, facilitando a apuração de delito, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Igualmente, tramitam no Congresso: a) Projeto de Lei nº 2751/00 (Câmara dos Deputados); b) Projeto Lei nº 7223/02 (Câmara dos Deputados); c) Projeto de Lei nº 3.731 de 1997 (Senado Federal), PLS nº 67/96; d) Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.731 de 1997; e) Projeto de Lei do Senado nº 118/02; f) Projeto de Lei nº 150/06, recentemente aprovado com emendas no Senado Federal⁸.

Também a Lei nº 9.034/95 (crime organizado) não definiu organização criminosa. Este conceito foi, de certo modo, referido na Convenção de Palermo na Itália, a qual definiu grupo criminoso organizado, assim: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral”. Esta Convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 231, publicado no *Diário Oficial da União* em 30 de maio de 2003⁹. Em sentido contrário, Rodrigo Tigre Maia entende que a Lei 9.613/98 conceituou organização criminosa. Para ele, bastaria a presença dos requisitos do crime do art. 288 do CP, desde que associados à efetiva prática de pelo menos um crime.¹⁰

Segundo a Lei de Lavagem, qualquer crime que seja praticado por uma organização criminosa pode ser considerado como antecedente. A lei não especificou qual o crime antecedente. Portanto, qualquer espécie de crime, previsto ou não no Código Penal, se praticado por organização criminosa, poderá ser antecedente ao de lavagem de dinheiro.

⁸ FELDENS, Loc. cit., p. 222.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰ MAIA, op. cit., pp. 54 -55. In: BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.78.

Quando o estelionato ou qualquer outro crime for praticado por organização criminosa, dando origem à ocultação ou dissimulação dos ativos, cabe a concretização do crime de lavagem. Com efeito, a taxatividade do rol dos crimes antecedentes cede espaço pela abertura propiciada pelo inciso VII do art. 1º desta lei.¹¹ Portanto, segundo Nucci, o inciso VII deste artigo ampliou o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro.

Segundo Bonfim, o conceito de organização criminosa pode ser definido pela doutrina ou pela jurisprudência. Data máxima vênia, entende-se inaplicável o art. 1º, inciso VII desta lei por infringir o princípio da legalidade penal. Segundo este princípio, a lei penal deve apresentar as seguintes características: escrita, aprovada pelo parlamento (reserva legal), taxativa, clara, determinada, estrita e prévia.

3.1.8 PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA

Este inciso é ocioso em razão de sua prévia inclusão no art.1º, inciso V, desta lei.

3.2 TIPOS PENAIIS

O tipo penal da lavagem de dinheiro é de ação múltipla ou de conteúdo variado. A prática de duas ou mais condutas sobre o mesmo objeto material e no mesmo contexto fático, configura um só crime. É possível a configuração do crime continuado se observados os requisitos do art. 71 do Código Penal. Haverá concurso material (art. 69, CP) quando o mesmo agente praticar o crime antecedente e também a conduta referente à lavagem de dinheiro. Também, de acordo com o art. 1º, § 4º, caberá causa especial de aumento de pena se configurada a habitualidade criminosa.

Conforme observa Macedo, como a operação de lavagem envolvem várias fases, é relevante aferir a natureza das ações. É

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 718.

importante verificar se as condutas são autônomas e independentes ou se há conduta única dividida em vários atos¹².

No art. 1º caput desta lei, a conduta de ocultar não significa apenas encobrir, esconder os bens, direitos ou valores provenientes de algum daqueles crimes antecedentes. Em que pese a omissão legal, exige-se também posterior circulação na economia dos bens de origem ilícita. Também não há lavagem de dinheiro quando o agente apenas movimentar (circulação) os bens para utilizá-los sem o dolo de ocultação ou dissimulação. Um exemplo seria daquele agente que obtém dinheiro pela venda de substâncias entorpecentes, deposita em sua própria conta-corrente bancária e depois o utiliza em proveito próprio. Da mesma forma, também não se configura lavagem de dinheiro quando o agente obtém valores oriundos de delitos não pertencentes àquele rol do art. 1º desta lei, ainda que depois promova sua ocultação ou os remeta para depósito no exterior.

Luciano Feldens¹³ fornece um exemplo elucidativo sobre a ocultação prevista nesta lei:

A ocultação requerida pelo tipo não se confunde com formas básicas de escondimento ou uso do valor obtido com o crime. Imagine-se, por exemplo, que o agente venha a enterrar o dinheiro produto de um delito de descaminho (art. 334 do CP) nos fundos de sua residência. Essa conduta caracterizaria, por si só, o tipo penal do art. 1º Inc. V, da Lei nº 9.613/98, na modalidade *ocultar*? A resposta é negativa. Respondemos com outra indagação: qual o risco, já neste momento, que a conduta oferece para a ordem econômico-financeira? Por outro lado, se essa conduta (enterrar o dinheiro) é realizada por terceiro, que não participou do crime, mas atua em consciente auxílio posterior àquele que o praticou, tem-se por consumado o crime de favorecimento real (art. 349 do CP). E caso esse terceiro o faça

¹² MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de dinheiro*. Curitiba: Juruá, 2006, p.75.

¹³ FELDENS, Op. cit., p. 214.

retirando algum proveito econômico (patrimonial), poder-se-á cogitar de recepção, na modalidade *ocultar* (art. 180 do CP); nunca, entretanto, se caracterizará, neste exemplo, a lavagem de dinheiro.

O art. 1º § 1º, desta lei dispõe: § 1º “Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

No art. 1º, §, 1º, o crime é formal, uma vez que a lavagem se consuma ainda que o agente não consiga ocultar ou dissimular a origem ilícita dos ativos. O dolo específico é manifesto. É a lavagem de dinheiro por excelência. No art. 1º, § 1º, I, a consumação ocorre com a mera conversão do ativo ilícito em ativo “lícito” com o fim de ocultar ou dissimular a utilização dos bens de origem ilícita.

No inciso II do mesmo parágrafo, o agente adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere os ativos para ocultar ou dissimular a utilização dos ativos de origem ilícita. Esta conduta se distingue do favorecimento real (art. 349 do CP).

No inciso III do mesmo parágrafo, o crime de lavagem de dinheiro se consuma quando o agente envia bens ao exterior, ou os importa com valores acima ou abaixo do preço corrente. O legislador procura coibir a evasão de divisas e regular a probidade nas relações comerciais internacionais. Esta conduta difere do descaminho.

O art. 1º, § 2º, I, prevê a conduta do terceiro que utiliza na atividade econômica ou financeira ativos que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes. Se a mesma conduta for realizada pelo autor do crime antecedente, o crime encontra previsão no art. 1º, caput ou no art. 1º, § 1º, I, desta lei.

No inciso II do mesmo parágrafo, o delito é permanente. Exige-se habitualidade e estabilidade na formação da associação ou escritório. São empresas de fachada criadas para praticar operações de lavagem. A lei se contenta com a conduta do agente que participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes antecedentes previstos na Lei de Lavagem.

Segundo Nucci¹⁴,

Na realidade, o tipo é peculiar, pois visa à punição de pessoas que, embora não realize, pessoal e diretamente, a lavagem de dinheiro exerce suas atividades laborativas em lugar que assim procede. Retira vantagem indireta do crime...

Neste caso, admite-se somente o dolo direto em face da expressão “tendo conhecimento”.

Logo, a pessoa que desconfia trabalhar em um lugar que serve à lavagem de dinheiro, sem ter certeza, não responde pelo delito. Não há forma culposa.

Esta lei prevê em seu art.1º, § 4º, uma causa especial de aumento de pena que varia de 1 (um) a 2/3 (dois terços), nos casos previstos nos incisos I a VI do art. 1º, caput. Esta causa de aumento não se aplica ao inciso VII do mesmo dispositivo, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

A delação premiada está prevista no art.1º, §, 5º. desta lei. Para fazer jus ao prêmio legal, deve o delator proporcionar a apuração das infrações penais e de sua autoria ou a localização dos bens. Os benefícios legais para o agente delator podem ser: diminuição de pena, aplicação de penas restritivas de direitos ou perdão judicial. Houve derrogação do art. 33 do CP. Portanto, o réu terá o direito de iniciar o cumprimento de sua pena no regime aberto caso venha a satisfazer aos requisitos da delação premiada. Deve ser espontânea e pode ocorrer até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Há semelhante disposição na Lei 11.343/2006 e na Lei 8.072/90. É muito discutido na doutrina o aspecto ético da delação premiada. Não obstante a delação premiada obtenha resultados proveitosos para a persecução penal, duas indagações aqui se põem: A delação premiada é um mecanismo legal criado para compensar a ineficiência estatal no combate à criminalidade? O delator é digno de merecer o perdão judicial do Estado somente porque resolveu “denunciar” seu ex-comparsa de empreitada criminoso?

¹⁴ NUCCI, Op. cit., p. 721.

3.3 SUJEITOS: ATIVO E PASSIVO

Acerca da identificação do sujeito ativo da lavagem de dinheiro, podemos destacar três correntes, a saber: A primeira corrente entende que o crime de lavagem de dinheiro é fato posterior não punível para o agente do crime antecedente. Delmanto¹⁵ entende que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com exceção do autor, co - autor ou partícipe condenado pelo crime antecedente. Para o ilustre doutrinador, seria *bis in idem* punir o mesmo agente pelo crime antecedente e também pela lavagem de dinheiro. Portanto, a última conduta seria atípica. É a aplicação do princípio da consunção. A lavagem de dinheiro seria mero exaurimento do crime anterior. O agente apenas incrementa o ataque ao mesmo bem jurídico violado pela norma anterior. Não há concurso de crimes entre o crime antecedente e a lavagem de dinheiro. Esta corrente é predominante na França, Itália, Alemanha e Espanha¹⁶.

O agente do crime pressuposto não pode responder por lavagem de dinheiro. Este mesmo entendimento é aplicado para a hipótese de crime de receptação (art. 180 CP). O crime de lavagem de dinheiro não seria dotado de autonomia típica. Esta corrente considera que o bem jurídico tutelado em ambos os tipos penais é o mesmo.

A segunda corrente entende que não seria possível exigir conduta diversa do autor do crime antecedente. Porquanto, o autor do crime antecedente iria naturalmente ocultar ou dissimular a origem dos ativos. Portanto, segundo estas correntes, os autores dos crimes anteriores não poderiam ser responsabilizados por lavagem de dinheiro.

A terceira corrente, em consonância com na Lei de Lavagem, entende que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa natural. Nesse sentido: Nucci et. al. entendem que o sujeito ativo da lavagem de dinheiro pode ser qualquer pessoa, inclusive o autor, co - autor ou partícipe do crime antecedente¹⁷.

¹⁵ DELMANTO, Loc. cit., p. 552-553

¹⁶ MACEDO, Op. cit., p. 65

¹⁷ NUCCI, Op. cit., p. 715; MAIA, Op. cit., p. 92; OLIVEIRA, Op. cit., p. 324; CALLEGARI, Op. cit., pp. 71-75; BONFIM, Op. cit., p. 52 e MENDRONI, Op. cit., pp. 32.

No mesmo sentido, é a posição do STJ nos autos do RHC 19.902, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp. Um exemplo seria o do agente do crime de tráfico de drogas que depois vem a ocultar ou dissimular a origem ilícita dos valores no mercado financeiro. O crime de lavagem de dinheiro possui autonomia. Já no crime de receptação, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, exceto o coautor e o partícipe do crime pressuposto.

Não há previsão de responsabilidade penal de pessoa jurídica na Lei de Lavagem de Dinheiro. Os sujeitos passivos são o Estado e a sociedade. A ação penal é pública e incondicionada.

3.4 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

É o bem ou interesse tutelado pela norma penal incriminadora. Não há uniformidade na doutrina acerca do bem jurídico protegido na Lei 9.613/98. A 1ª corrente entende o seguinte: As condutas previstas na Lei de Lavagem violam o mesmo bem jurídico que é protegido pela lei que prevê o crime antecedente. Esta corrente não seria a mais acertada, pois o tipo penal da lavagem serviria também para proteger o bem jurídico violado com a prática do crime antecedente. Assim, no caso de lavagem proveniente de crime de concussão, o bem jurídico protegido pela Lei 9.613/98 seria a Administração Pública. Haveria uma superproteção ao bem jurídico ofendido pelo crime anterior. Seria o supertipo na expressão utilizada por Antônio Pitombo¹⁸.

A 2ª corrente sustenta que o bem jurídico protegido pela Lei de Lavagem é diverso daquele que é violado pela prática do crime antecedente.

Para Luiz Flávio Gomes et. al., o bem jurídico tutelado é a ordem econômica ou socioeconômica do país, a qual sofreria prejuízos em razão da lavagem de ativos¹⁹.

A economia formal é atingida em decorrência dos seguintes fatos: prejuízos à livre concorrência, à livre iniciativa e às leis da oferta e da

¹⁸ Luiz Flávio Gomes (2007), Marco Antonio de Barros (2008) e William Terra de Oliveira (1998).

¹⁹ CAPEZ, op. cit., p. 588.

procura. Também haveria geração de desemprego, inflação devido aos ingressos de capitais de origem ilícita na economia formal.

As instituições financeiras sofreriam descrédito perante a sociedade. Nesse sentido, também haveria concorrência desleal entre o investidor probó e o lavador de capitais. Este teria melhores condições financeiras para oferecer produtos e serviços ao consumidor por preços aquém do custo.

A 3ª corrente assevera o seguinte: Rodolfo Tigre Maia²⁰ e Bonfim entendem que a Lei de Lavagem tutela dois ou mais bens jurídicos. Exemplos: Administração da Justiça e a ordem socioeconômica. Portanto, o crime de lavagem seria pluriofensivo²¹.

Para Marcelo Mendroni, o bem jurídico protegido é a Administração da Justiça e também a ordem socioeconômica²². Segundo Fausto de Sanctis, o bem jurídico protegido é diretamente a ordem sócio-econômico-financeira e, indiretamente, a Administração da Justiça²³.

Segundo o STF, o bem jurídico protegido na Lei de Lavagem de Dinheiro é a Administração da Justiça, senão vejamos: No acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma: parece ser “a mais convincente das posturas, na discussão a respeito”, a que “identifica na Administração da Justiça o bem jurídico protegido por sua incriminação “(1ª T., RHC 80.816.6/SP, j. 10.4.2001, vu – DJU 18.6.2001).

3.5 TIPO OBJETIVO E SUBJETIVO

A doutrina também diverge acerca do elemento subjetivo. Todos os crimes previstos na lei são dolosos. O dolo é a vontade livre e consciente de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens. Deve o conhecimento da origem ilícita ser anterior ou concomitante à conduta do agente. Não há modalidades culposas nesta lei.

²⁰ MAIA, Op. cit., pp. 54-55.

²¹ MAIA, citado por BOMFIM, 2005, p. 29.

²² Marcelo Mendroni, p. 31

²³ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*. Campinas, São Paulo: Editora Mellennium, 2008, p. 33.

A maioria da doutrina entende que o único elemento subjetivo previsto nesta lei é o dolo direto. Entretanto, William Terra de Oliveira, et. al. admitem, em situações excepcionais, a presença do dolo eventual.

O pensamento doutrinário no sentido da admissibilidade da aplicação do dolo eventual é ladeado por William Terra de Oliveira:

“O dolo eventual somente pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garantia em relação à inevitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro. Por exemplo: um diretor de uma instituição financeira (que tem a obrigação legal de comunicar operações financeiras suspeitas ao Conselho de Fiscalização de Atividades Financeiras – COAF) sabe que determinada operação se presta ao procedimento de lavagem de dinheiro, e mesmo assim não comunica tal fato às autoridades, ou ainda revela ao seu cliente que realizou dita comunicação, possibilitando um aperfeiçoamento da operação e um consequente benefício do operador. Tal comportamento se aproxima do dolo eventual e portanto sua conduta será típica”²⁴.

A doutrina garantista entende que é fato atípico o agente utilizar na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que deveria saber serem provenientes de qualquer dos crimes elencados no artigo 1º dessa mesma lei.

Nestas operações, quem pratica, deve saber, ou pelo menos admitir que realiza ou concorra, de algum modo, para a lavagem de dinheiro. É possível tanto o dolo direto quanto o dolo eventual. Ocorre o dolo eventual quando o sujeito ativo atua como garantidor da não produção do resultado, ou quando sua conduta é penalmente relevante. Exemplo de crime de lavagem de dinheiro a título de dolo eventual: gerente de

²⁴ William Terra de Oliveira, Rodolfo Tigre Maia e Carlos Márcio Rissi citado por MACEDO, Op. cit., p. 78.

banco que deixa de comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras uma operação suspeita de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, o agente só poderá ser punido quando praticar quaisquer das condutas descritas no tipo penal incriminador e tiver conhecimento da origem criminoso dos bens, direitos ou valores.

A redação do art. 1º, § 2º, II desta lei, dispõe acerca da associação para a lavagem de dinheiro. Este dispositivo suscita discussões acerca de seu elemento subjetivo. Este tipo foi mencionado no Item 44 da Exposição de Motivos desta lei. Será que este dispositivo também abrange o dolo eventual? Aqui, não se exige que um membro do grupo, associação ou escritório pratique diretamente a ocultação ou dissimulação dos ativos. O agente, ainda que não pratique conduta de lavagem, estará sujeito às cominações deste dispositivo. Contudo, é imprescindível que o agente seja membro da associação e saiba da atividade ilícita desenvolvida. Ademais, a participação só será punível se houver relevância penal. Não se pode punir um empregado de um escritório de advocacia que não autor ou partícipe do delito de lavagem, somente porque ele exerce suas atividades naquele local. Seria caso de responsabilidade penal objetiva. Ademais, no art. 2º III, do art. 1º, é possível se observar violação ao princípio da isonomia. É que a lei comina a mesma pena para o autor e também para o partícipe. Este entendimento deriva da legislação comparada aqui incorporada pelo Brasil (Item 44 da Exposição de Motivos desta Lei). No entanto, aqui devemos aplicar o art. 29, caput, do Código Penal, o qual reza: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Em regra, o Código Penal adotou a Teoria Unitária ou Monística do concurso de pessoas. Muito embora todos os agentes respondam pelo mesmo crime, deverá a pena ser individualizada para cada coautor ou partícipe do fato (art. 59, CP).

Aquele funcionário que somente realiza simples serviços gerais e desde que não tenha qualquer conhecimento das atividades ilícitas, não poderia responder por nenhum crime. Estará ausente o liame subjetivo. Partícipe é aquele que não realiza o núcleo do tipo, mas induz, instiga ou auxilia materialmente o autor ou o coautor a praticar a conduta descrita no tipo.

Também vale mencionar a participação de menor importância prevista no art. 29 § 1º, do Código Penal, o qual reza: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”. Um funcionário que realiza simples serviços gerais no escritório, embora tenha conhecimento das atividades ilícitas, não poderia receber o mesmo tratamento jurídico - penal que é dispensado ao autor ou co-autor do crime de lavagem.

De acordo com a redação do art. 1º, § 2º, desta lei, o sujeito ativo só poderá ser responsabilizado se praticar operações de lavagem sabendo (dolo direto) que os ativos são originários de algum crime anterior contido naquele rol.

Aqui o dolo eventual não seria compatível com a conduta do lavador. Em sentido contrário: basta o dolo eventual²⁵. Não seria possível a condenação do agente por lavagem de dinheiro (quando este não praticou qualquer conduta típica) quando restar provado que ele deveria saber da procedência ilícita dos bens, direitos ou valores. Nesse sentido, não se pode cogitar de presunção de culpa no Direito Penal.

Quanto ao crime tentado, pode-se dizer o seguinte:

A tentativa do crime de lavagem de dinheiro está prevista no art. 1º, § 3º desta Lei. Este dispositivo é ocioso, pois a tentativa de crime já está prevista na art. 14, parágrafo único, do Código Penal. Ocorre crime tentado, quando, iniciada a execução da lavagem de dinheiro, esta não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do lavador.

Sobre a tentativa, Marcelo Mendroni²⁶ exemplifica:

Imagine-se a hipótese em que o agente deposita R\$ 2 milhões em uma conta de um “laranja”, e este emite ordem de transferência do valor a outra conta no exterior. O banco, analisando o perfil

²⁵ NELSON JOBIM citado por BONFIM, op. cit., p. 48.

²⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo; Atlas, 2006, p. 34.

daquele correntista, desconfia e comunica às autoridades, que conseguem o bloqueio do valor. Evitada desde logo a primeira transferência, por circunstâncias alheias à vontade do agente - pela disciplina e percepção do agente bancário que suspeitou da transação-, estará configurada a tentativa da prática do crime de lavagem de dinheiro.

Quando o agente do delito antecedente não obtiver a vantagem apta à lavagem (crime tentado), deve-se entender que não há falar em lavagem de dinheiro.

Também é possível que o agente do delito antecedente não consiga obter os valores, e, ainda assim, o crime de lavagem restará consumado. Luciano Feldens²⁷ oferece um exemplo:

Pense-se no exemplo do art.159 do CP, crime formal em que a consumação se verifica com o sequestro da pessoa para cujo resgate a vantagem ilícita é exigida; mesmo sem a obtenção dessa vantagem, o delito estará consumado.

4. DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS

4.1 PROCEDIMENTO

De acordo com a Reforma do Código de Processo Penal, o procedimento descrito na Lei de Lavagem de Dinheiro deve ser o comum ordinário (art. 394, § 1º, I). Isso porque os crimes nela previstos possuem sanção máxima cominada superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade. Segundo o art. 394, § 4º do Código de Processo Penal, devem ser aplicados os arts. 395 a 397 do mesmo estatuto adjetivo ao procedimento especial de primeiro grau descrito na Lei nº 9.613/1998.

²⁷ FELDENS, Op. cit., 2009, p. 228.

Não é possível aplicar o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais, nem a suspensão condicional do processo ao rito estabelecido nesta lei. Todavia, é cabível a aplicação de penas restritivas de direitos ao lavador, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

De acordo com a Reforma do Código de Processo Penal, agora a sequência dos atos processuais atinentes ao procedimento comum ordinário é a seguinte: rejeição ou recebimento liminar, citação do acusado para resposta, resposta do acusado, julgamento antecipado e absolvição sumária, audiência de instrução, interrogatório e julgamento, requerimento de diligências, alegações finais e sentença. Sobre a reforma processual, Mendonça²⁸ escreve:

“Assim, em todo e qualquer procedimento de primeiro grau será necessária a observância da defesa inicial, por escrito, bem como será possível a absolvição sumária do acusado”.

A recente reforma do Código de Processo Penal foi necessária e oportuna. Embora o estatuto adjetivo ainda careça de outras modificações, houve uma reafirmação do sistema acusatório e das garantias do acusado buscando sempre consonância com a CF/88.

4.2 COMPETÊNCIA

A Justiça Estadual é a competente para julgar, por exclusão, todas as infrações que não sejam de competência da justiça especializada ou da Justiça Federal. A competência da Justiça Federal está delimitada nos arts. 108 e 109 da CF/88.

A competência para o processo de julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro está regulada no art. 2º, III, da Lei nº 9.613/1998. A Justiça Federal será competente quando o crime for praticado contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou contra a ordem econômico-

²⁸ MENDONÇA, op. cit. p. 250.

financeira (Lei nº 8.176/91), ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas, empresas públicas, e ainda, quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal. É possível facilmente compreender o inciso II do art. 2º desta lei, senão vejamos: A primeira parte da alínea **a** deste inciso apenas reproduz a parte final do inciso VI do art.109 da CF/88. Já a segunda parte da alínea **a** do inciso III do art. 2º reafirma o disposto no inciso IV do art.109 da CF/88. Portanto, em razão de anterior disposição pelo constituinte, seria até redundante a previsão da competência para os crimes de que trata esta lei.

É sabido que no rol taxativo do art. 1º, desta lei, há crimes que são de competência da Justiça Estadual. Os crimes de extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes contra a Administração Pública - desde que tenham âmbito estadual e não lesionem interesses da União ou de suas entidades - são de competência da Justiça Estadual. Portanto, conforme notamos, nem sempre os crimes antecedentes são de competência da Justiça Federal.

A competência para o processo e julgamento do tráfico internacional de entorpecentes é da Justiça Federal (art.109, V e IX da CF/88.). No entanto, de acordo com a Súmula 522 do STF, se o tráfico de entorpecentes ocorrer dentro do Estado da Federação e não tiver repercussão interestadual, a competência será da Justiça Estadual.

Em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento é da Justiça Estadual. A competência será da Justiça Federal em caso de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18 da Lei 10.826/03).

Portanto, a competência para processar e julgar os crimes de lavagem de dinheiro será da Justiça Estadual quando o crime precedente não for de competência da Justiça Federal e também não se incluir no art. 2º, III, “a” da Lei nº 9.613/1998.

Luiz Flávio Gomes, assim escreve sobre a competência:

Na eventualidade de que o bem jurídico protegido não seja a ordem socioeconômica (é de se supor a existência de crimes de lavagem de pequena monta que não chegam a colocar em risco o bem jurídico supraindividual), então deve prevalecer a literalidade do dispositivo: em regra a competência é da Justiça Estadual e excepcionalmente da Justiça Federal. Quando escrevemos pela primeira vez sobre o assunto,

estávamos convencidos de que o bem jurídico seria sempre a ordem econômico-financeira. Hoje já não afirmaríamos isso categoricamente, pois nem sempre a lavagem pode chegar a afetar toda a economia, de tal modo a tangenciar interesses concretos da União. A competência para conhecer e julgar o crime em apreço, em suma, dependerá do exame de cada caso concreto, o que não constitui novidade alguma porque hoje é em cada situação concreta que decidimos, com base no art. 109 da Constituição Federal, se a competência é da justiça estadual ou federal.²⁹

A seguir estão descritos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência nos crimes de lavagem de dinheiro, senão vejamos:

A competência para o crime de lavagem de dinheiro é definida diante do caso concreto e em função do crime antecedente. Se o crime anterior for de competência da Justiça Federal, caberá a esta o julgamento do processo relacionado ao crime acessório. Compete à Justiça Estadual, o processo e julgamento de delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos, em tese, de crimes falimentares, estelionatos e falsidade, se inexistente, em princípio, imputação de delito antecedente afeto à Justiça Federal³⁰.

A competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira circunscreve-se às hipóteses previstas na Lei 7.492/86, não podendo ser ampliada para abranger crimes que, embora afetem a economia ou o sistema financeiro, não estão nela previstos. Compete ao Juízo Estadual da Comarca onde se consumou a conduta tendente à dissimulação de valores provenientes de conduta ilícita processar e julgar o crime de lavagem de dinheiro³¹.

Supostos delitos praticados por operações de empréstimo, utilizando cartão de crédito com simulação de compra, lesando vítima e outros

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. Material da 2.ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e virtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG., p. 25.

³⁰ STJ citado por MACEDO, op. cit., p. 107.

³¹ MACEDO, Op. cit., p. 108.

clientes, não consubstanciam operações financeiras, enquadrando-se, em tese, nos crimes contra a economia popular, de competência da Justiça Estadual (STJ, CC 32.092/SP, 3ª Seção, DJ 08.04.2002)³².

Assim, é certo que a grossa camada destes crimes haverá de ser processada perante a Justiça Federal, mormente em face de suas ramificações internacionais e de natureza jurídica de alguns bens que a lei visa tutelar. Contudo, sobra espaço para o Juiz de Direito Estadual conhecer, processar e julgar aquele a quem seja imputada a conduta³³.

Crimes contra a ordem econômico-financeira: trata-se, primordialmente dos delitos previstos nas Leis 8.137/1990 e 8.176/1991. Consolidada a jurisprudência no sentido de que estes delitos, se não importarem lesão a bens, serviços ou interesses da União (v.g., apropriação indébita previdenciária, por se tratar de tributo federal), deverão ser processados e julgados perante a Justiça Estadual³⁴.

Há uma questão interessante acerca da constitucionalidade e legalidade da criação de varas especializadas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais.

É indubitoso que a Lei 9.613/98 não criou varas especializadas para processar e julgar os crimes de lavagem de dinheiro. A instituição de varas especializadas deveu-se à necessidade de combater a lavagem de dinheiro de forma mais eficaz e diferenciada em relação aos meios de repressão à criminalidade clássica. Era necessária a presença de recursos humanos mais qualificados e também suficiente aporte de recursos financeiros e tecnológicos para a apuração dos referidos crimes.

Os agentes da persecução penal devem possuir certo grau de conhecimento jurídico, técnico e científico para bem desempenhar suas atividades de repressão à macrocriminalidade econômica. A criação de varas especializadas por meio de resolução administrativa suscitou controvérsias na doutrina e jurisprudência.

No entanto, as varas especializadas não foram criadas por lei ordinária federal, e sim, por meio de resolução administrativa. Assim

³² AVENA, Norberto. *Processo penal: esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 622.

³³ MACEDO, Loc. cit., p. 108.

³⁴ AVENA, Loc. cit., p. 623

sendo, travou-se intenso debate acerca da constitucionalidade da instituição destes órgãos no âmbito de Justiça Federal.

Nesse sentido, discute-se a constitucionalidade da Resolução nº 314 de 12/5/2003 do Conselho da Justiça Federal. Este ato normativo possibilitou aos Tribunais Regionais Federais a criação de varas especializadas com competência para o combate à lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro. Em seu art. 1º, lê-se o seguinte: os Tribunais Regionais Federais, na sua área de jurisdição, especializarão varas federais criminais com competência exclusiva ou concorrente, no prazo de 60 (sessenta) dias, para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores³⁵.

Posteriormente, cada TRF em sua respectiva região, baixou sua resolução para atender ao supracitado ato normativo. Há uma corrente que considera inconstitucional a Resolução nº 314 do Conselho Nacional da Justiça Federal em razão da infringência aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 5º, XXXVII, LIV, 61, II, b, 62, § 1º, I, b, 68, § 1º, I, da CF/88, 96, II, d e 105, parágrafo único. Também aquela resolução violaria o art. 14, I, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

Em suma, os argumentos são os seguintes: a resolução não é lei em sentido formal, e, portanto não poderia criar competência absoluta (em razão da matéria).

Ademais, segundo o art.96, II, d, CF/88, caberia aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias. Além disso, argumenta que os arts. 6º, XI, e 12, última parte, da Lei nº 5.010/66 foram revogados tacitamente pela Lei nº 8.472/92.

Também é possível suscitar a infringência a *perpetuatio jurisdictionis*. Quando um processo está em curso em uma vara federal, ainda que seja instituída nova vara especializada, não deveria aquele processo ser

³⁵ DELMANTO, Op. cit., p. 568 a 571.

remetido ao novo órgão jurisdicional. Nesse sentido, o processo deve permanecer no juízo natural preexistente à prática do crime.

Fernando Capez³⁶, assim dispõe acerca da perpetuação da competência:

Outra situação interessante é a da criação de nova vara, quando o processo já se encontra em andamento no juízo existente, o qual era, até então, competente. Neste caso, a não ser que o juízo anterior se torne absolutamente incompetente em razão da matéria ou prerrogativa de função, a competência não se desloca, perpetuando-se a competência inicialmente fixada. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Proposta a ação penal, ainda quando não instalada a vara federal no interior do Estado, firma-se a competência do Juiz processante, ante a combinação dos arts. 3º. do CPP e 87 do CPC” (STJ, 5ª. T., RHC 4.796/SP, DJU, 20 nov. 1995, p. 39611). A determinação da competência ocorre no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevante posteriores modificações do estado de fato ou de direito, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria (se o crime fosse de competência de justiça comum e passasse à Justiça Federal, hipótese bem diferente da acima mencionada, haveria o deslocamento de juízo).

Contudo, é possível que o Supremo Tribunal Federal entenda que a criação de varas especializadas para julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro não fere a Constituição Federal. É que, segundo o STF não ocorreu infringência ao princípio do juiz natural, pois as resoluções não instituíram tribunais de exceção.

4.3 DENÚNCIA

O art. 2º, § 1º, da Lei 9613/98 dispõe: § 1º. “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente (...)”.

É evidente que a denúncia deve conter, sob pena de inépcia, as provas da materialidade e autoria do crime de lavagem de dinheiro

³⁶ CAPEZ, Op. cit., p. 245

(art. 395, CPP). No entanto, a lei suscita controvérsias quando dispõe sobre a materialidade e autoria do crime antecedente. A lei dispensa a difícil prova da autoria do crime anterior. Todavia, a lei exige indícios suficientes da sua existência. A denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro deverá ser instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente. No entanto, é desnecessário haver prova cabal da materialidade do crime anterior. Indícios da origem ilícita dos bens não são meras suspeitas ou suposições.

Os indícios da materialidade do crime anterior devem ser razoáveis, precisos, coerentes e racionais. Os indícios poderiam ser, por exemplo: a existência de negócios ilícitos, elevadas transferências patrimoniais para pessoas não identificadas e a criação de empresas de fachada. A denúncia deve ser rejeitada por inépcia se não houver um lastro probatório mínimo relativo ao crime anterior (*justa causa*).

A indagação que se formula é a seguinte: Como o juiz poderá considerar ocorrido um crime antecedente, quando a própria lei dispensa a prova de sua autoria, contentando-se apenas com indícios suficientes? Sabemos que, para o oferecimento da denúncia por lavagem de dinheiro, bastam indícios suficientes da existência do crime anterior. (Item 61 da Exposição de Motivos). Antonio Pitombo defende que deve haver prova cabal da existência do crime antecedente para a condenação por lavagem³⁷.

A despeito da omissão legal, entendo que a denúncia por lavagem de dinheiro, sempre que possível, deveria ser instruída também com a prova da autoria do crime antecedente. Entretanto, a sentença condenatória pelo crime de lavagem de dinheiro não pode estar baseada somente em indícios suficientes da existência do crime anterior.

A doutrina garantista critica a opção legislativa aduzindo que indícios da prática do crime antecedente não levariam à certeza da existência do crime de lavagem. O fato antecedente deve ser pelo menos típico e ilícito.

A autonomia processual do crime de lavagem de dinheiro está prevista no art. 2º, inciso II, desta lei. O legislador dispõe que o processo

³⁷ PITOMBO, op. cit., p. 131.

e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro não dependem do processo e julgamento dos crimes antecedentes, ainda que estes sejam praticados em outro país.

O legislador brasileiro criou esta autonomia se inspirando no art. 2º, 6, do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas.

No entanto, a autonomia do processo e julgamento por crime de lavagem de dinheiro não é tão absoluta como assevera o legislador. É que pode haver conexão ou prejudicialidade da lavagem de dinheiro com o crime que lhe é antecedente. A conexão existente entre o crime anterior e a lavagem é probatória ou instrumental (art. 76, III, CPP). A questão prejudicial homogênea é aquela que pertence à mesma natureza da questão prejudicada. A questão relativa à existência do crime antecedente é prejudicial à questão referente à lavagem de dinheiro.

Segundo Nucci³⁸:

Se o processo pelo crime antecedente estiver em andamento considera-se a situação uma questão prejudicial homogênea, merecedora de gerar a suspensão do processo pelo delito de lavagem até que o outro seja julgado. Afinal, é possível que o juiz considere o crime inexistente (ou o fato inexistente) inviabilizando a punição por infração penal prevista na Lei 9.613/98.

Sobre a prova da existência do crime antecedente, Marco Antônio de Barros aduz o seguinte:

A comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura a prática do crime de lavagem. Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória, o juiz tem o dever de abordar essa questão, afirmando estar convencido

³⁸ NUCCI, Op. cit., p. 722.

da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção.³⁹

Apesar de a Exposição de Motivos aludir à separação obrigatória de processos, é recomendável que haja unidade de processo e julgamento. Assim sendo, serão evitadas decisões contraditórias. No entanto, haverá separação absoluta de processos quando o crime precedente tiver sido praticado em outro país.

Segundo Callegari,

“os bens terão de proceder de um fato antecedente típico e antijurídico tanto no país onde foram realizados como no Brasil, o que significa a adoção do princípio da dupla incriminação previsto na extradição”⁴⁰.

É possível haver processo por crime de lavagem de dinheiro ainda que os bens, direitos ou valores sejam oriundos de crimes antecedentes praticados no estrangeiro. Todavia, em razão do princípio da dupla tipicidade, é necessário que a conduta antecedente seja considerada crime no país estrangeiro e também aqui no Brasil (art. 7º, § 2º, b, CP c/c art. 6.2, c da Convenção de Palermo).

O eminente jurista também aduz que os delitos de terrorismo e os de organizações criminosas se praticados no Brasil e no estrangeiro não são aptos a gerar bens idôneos a ser lavados, porque no Brasil não há descrição típica destas condutas precedentes⁴¹.

Caso o autor do crime antecedente seja absolvido por inexistência material do fato, não constitui o fato antecedente infração penal ou em razão de causa excludente de ilicitude, não será possível a condenação por crime de lavagem. Todavia, se o autor do crime antecedente for

³⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 209.

⁴⁰ CALLEGARI, Ibidem, p. 152

⁴¹ CALLEGARI, Op. cit., p. 98-99

absolvido em razão de uma causa excludente de culpabilidade ou extintiva de punibilidade, salvo anistia e *abolitio criminis*, é possível o agente ser condenado pelo crime de lavagem de dinheiro.

Luiz Flávio Gomes entende o seguinte:

“para a existência do processo por crime de lavagem não importa se o delito prévio está ou não *sub judice*, se foi ou não julgado, se foi praticado no Brasil ou em outro país. Nisso reside a autonomia processual da lavagem de capitais”⁴².

Callegari escreve que⁴³:

Para maior segurança, seria melhor uma sentença transitada em julgado do delito prévio, reconhecendo a comissão do delito antecedente que pode originar os bens aptos a serem lavados, pois pode ocorrer o caso em que o sujeito é condenado pela comissão do delito de lavagem com base na prova indiciária, mas no processo do delito prévio, resta absolvido.

No entanto, a lei não exige sentença definitiva do crime antecedente como pressuposto para oferecer denúncia por delito de lavagem.

A mera existência de indícios da prática do crime antecedente ou a dúvida sobre sua ocorrência não autorizaria o juiz a condenar o réu por crime de lavagem de dinheiro.

A Lei de Lavagem em seu art. 2º, III, § 1º, parte final, adotou a teoria da acessoriedade limitada senão vejamos: §1º “A denúncia será (...), sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”. Trata-se da autonomia material do crime de lavagem de dinheiro. O partícipe só responde pelo crime se o fato praticado pelo autor por típico e ilícito. Não

⁴² GOMES, Op. cit., p. 25.

⁴³ CALLEGARI, op. cit., 153

importa se o autor do crime antecedente é inimputável. Portanto, o legislador abraçou a teoria segundo a qual crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade é de somenos importância.

É possível o agente ser processado por crime de lavagem ainda que seja desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente (art.2º, III, b, § 1º). Há semelhante disposição no crime de receptação qualificada previsto no art.180, § 4º do Código Penal que assim dispõe: a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. Ainda que o autor do fato antecedente seja um inimputável, é possível que o agente do crime de lavagem seja processado. Portanto, o sujeito ativo do crime de lavagem pode ser diverso do autor ou partícipe do fato antecedente.

4.4 SUSPENSÃO DO PROCESSO

A suspensão do processo e do curso da prescrição ocorrem quando houver citação por edital e não comparecer o acusado e nem for constituído advogado. Quando o acusado não comparece, mas há advogado constituído nos autos para defendê-lo, não cabe suspensão do processo.

O CPP não define o tempo durante o qual o processo e o curso da prescrição permanecem suspensos aguardando a localização do acusado. O prazo de prescrição não pode permanecer suspenso sem limite temporal. A CF/88 só estabeleceu imprescritibilidade para os crimes de racismo e ações de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV).

O mais razoável seria considerar que o limite do prazo de suspensão do curso da prescrição deve corresponder ao máximo cominado da pena privativa de liberdade (art. 109, CP). Uma vez findo o prazo da suspensão, será contado o tempo antes decorrido. Acerca da incidência do art. 366 do CPP, o STF atendeu que toda a norma é irretroativa porque a suspensão do prazo de prescrição é menos benéfica para o acusado. O art.63 do CPP dispõe o seguinte:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312, caput do CPP.

No entanto, o legislador proibiu a aplicação do art. 366 do CPP aos processos por crime de lavagem de dinheiro. Esta é a dicção do art. 2º, § 2º, desta lei, senão vejamos:

§ 2º. No processo por crime previsto nesta lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.

É importante observar que o art. 2º, § 2º contraria o art. 4º, § 3º da mesma lei. Esta antinomia tem provocado divergências na doutrina e jurisprudência.

No Item 63 da Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98 lê-se: “Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem e a ocultação”.

Segundo o legislador, a suspensão do processo dificulta a descoberta dos crimes precedentes e a apreensão do produto do crime. Ademais, a suspensão do processo importaria em reforço ao combate estatal à lavagem de capitais. Portanto, o processo por crime de lavagem de dinheiro contra o acusado revel deveria prosseguir com a nomeação de defensor. Ora, o acusado, ainda que esteja em local incerto e não sabido, deve ter ciência efetiva dos fatos contidos na denúncia. O acusado revel não pode ser condenado sem que tenha plena ciência da exordial acusatória. Portanto, se o acusado, citado por edital não comparecer e nem constituir advogado, o processo por lavagem de dinheiro não poderia prosseguir sem a sua presença. É que não seria concebível condenar alguém sem ser ouvido.

O art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São Jose da Costa Rica ratificada no Brasil pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 assim dispõe:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o

processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;”

Os princípios do contraditório e da ampla defesa têm estatura constitucional. Em razão disso, a doutrina garantista entende que o art. 2º, § 2º é inconstitucional por ferir o devido processo legal. Portanto, o curso do processo deve permanecer suspenso enquanto não houver comparecimento pessoal do réu. Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados. Como é sabido, a suspensão do prazo prescricional prevista no art. 366 do CPP milita contra o réu revel. Ora, a persecução penal não fica prejudicada em razão da suspensão do processo visto que o juiz pode determinar medidas acautelatórias (busca e apreensão, arresto de bens, direitos e valores). Inclusive, é cabível a decretação da prisão preventiva quando presentes seus requisitos.

Luiz Flávio Gomes, Marco Antonio de Barros, Delmanto e Maia entendem que deve prevalecer o art. 4º, § 3º desta lei. Este dispositivo permite, nas hipóteses de citação por edital, a suspensão do processo aos acusados de crimes de lavagem de dinheiro⁴⁴.

No entanto, Nucci⁴⁵ entende que o art. 2º § 2º, da Lei de Lavagem deve prevalecer em relação ao art. 4º, § 3º da mesma Lei, senão vejamos:

Logo, o objetivo do art. 2º, § 2º da Lei 9.613/98 foi claro⁴⁶: impedir a suspensão do processo, quando houver a citação por edital. Esta forma de citação - que consideramos vetusta e desnecessária - perdura. Assim sendo, desatendido o chamamento é lógico que o processo terá prosseguimento. No mesmo sentido: Gilmar

⁴⁴ GOMES, Op. cit., p. 357; BARROS, p. 84; DELMANTO, Op. cit., p. 574; MAIA, Op. cit., p. 125.

⁴⁵ NUCCI, Op. cit., p. 723.

⁴⁶ NUCCI, Op. cit., Ibidem.

⁴⁷ BONFIM, Op. cit., p. 81 e 82.

Mendes e Roberto Mendroni entendem que o art. 2º, § 2º não é ilegal nem inconstitucional.

Há uma terceira corrente que tenta compatibilizar os dois dispositivos dizendo o seguinte: não cabe a aplicação do art. 366 do CPP e o juiz pode determinar a prática de atos visando à conservação dos bens e valores.

Bonfim entende o seguinte:

o legislador somente quis atingir o acusado astuto que se furta à citação pessoal e, com isso, enseja a citação por edital. Portanto, o processo deve prosseguir mesmo sem a presença do réu que se oculta para não ser citado pessoalmente. Adiante, o mesmo autor acrescenta: Entretanto, nos casos de citação por edital em que o réu não é encontrado; quando é inacessível o lugar onde se encontra, a suspensão do processo e do prazo de prescrição se impõem⁴⁷.

Sobre a aplicação do art. 366 do CPP, o jurista Antonio Scarance Fernandes citado por Macedo⁴⁸ defende o seguinte entendimento:

Como no art. 4º, § 3º, é feita menção ao mesmo art. 366, só restringindo a sua aplicação no tocante às medidas cautelares e de sequestro, o melhor entendimento é de que permanece o art. 366 e a suspensão do processo com essa ressalva, ou seja, nos crimes de lavagem de dinheiro, apesar da suspensão pode 'o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores. Outra interpretação tornaria impossível a conciliação dos dois preceitos contidos na Lei de Lavagem de Dinheiro, pois, se em face do art. 2º, § 2º, não se aplicasse nunca o art. 366 nos processos por crimes de lavagem de dinheiro, a

⁴⁸ FERNANDES, 2000. In: MACEDO, Op. cit., p. 116.

ressalva do art.4º, § 3º, não teria qualquer sentido, seria inócua.

4.5 PROIBIÇÃO DE FIANÇA

A CF/88 somente previu as seguintes infrações inafiançáveis, a saber: racismo, crimes hediondos e assemelhados e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. No entanto, esta lei dispõe sobre a inafiançabilidade do crime de lavagem de dinheiro. A Lei 9.613/98 seguiu a mesma disposição proibitiva de fiança constante nas seguintes leis: Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado e Lei Antidrogas. Ora, não poderia o legislador ordinário ampliar as hipóteses de inafiançabilidade além dos limites traçados pelo constituinte. No entanto, também há entendimento diverso: A CF/88 não proibiu que a lei ordinária criasse outras hipóteses de inafiançabilidade. É que na redação deste dispositivo da CF/88, não se lê: somente são inafiançáveis os crimes (...). Nesse sentido, a lei ordinária poderia prevê outros casos de infrações inafiançáveis.

De acordo com a Lei 9.613/98, o acusado preso em flagrante, não poderá ser colocado em liberdade mediante a prestação de fiança. Ora, justamente nos crimes de lavagem de dinheiro é que o legislador deveria exigir a prestação de elevados valores de fiança. Sabemos que o sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro, em geral, possui elevada capacidade econômica para prestar fiança.

O valor da fiança deveria ser proporcional aos bens, direitos e valores de origem supostamente ilícita. O legislador poderia também estabelecer que o valor da fiança fosse equivalente ao prejuízo supostamente causado ao bem jurídico protegido ou à gravidade concreta do delito.

O legislador não deveria ter vedado a prestação de fiança porque, em última análise, esta representa uma garantia do pagamento da multa, das custas e indenização da vítima ou sua família. A vedação absoluta à concessão de fiança pelo legislador ordinário deve ser reputada inconstitucional. Portanto, se ausentes os requisitos da prisão cautelar, deveria o legislador ter permitido ao juiz a concessão da liberdade provisória com fianças de alto valor. Obviamente, se o réu for pobre

(CPP, art. 350) ou se presente uma causa de exclusão de ilicitude (CPP, art. 310), caberá ao juiz conceder a liberdade provisória sem fiança.

4.6 PROIBIÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

O art. 3º da Lei 9.613/98 proíbe expressamente a concessão de liberdade provisória ao lavador de dinheiro. No entanto, o art. 5º, LXVI da CF/88, dispõe: Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A partir de uma filtragem constitucional, o preso não deve permanecer custodiado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo se presentes os requisitos da prisão cautelar.

A Lei dos Crimes Hediondos vedava a concessão de liberdade provisória. A lei de combate ao crime organizado (art. 7º da Lei nº 9.034/95) ainda mantém semelhante disposição, a qual deve ser reputada inconstitucional. No entanto, o propósito do legislador em vedar de modo absoluto a liberdade provisória provocou inúmeras críticas advindas da doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 11.464/2007 que revogou a segunda parte do inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Esta lei inovou o ordenamento jurídico ao possibilitar a concessão de liberdade provisória sem fiança aos indiciados ou acusados por crimes hediondos e equiparados.

Ora, como a Lei nº 11.464/2007 permite liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos e assemelhados, também se deve considerar que o mesmo entendimento deve se estender aos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Por conseguinte, não é razoável conceder liberdade provisória sem fiança pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe e vedá-la ao acusado por crime de lavagem de dinheiro. Não se deve olvidar que, em casos desse jaez, se impõe a aplicação do princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

A proibição da liberdade provisória seria uma inconstitucionalidade formal porque viola os princípios da presunção de inocência e do

devido processo legal. Sobre a proibição à liberdade provisória, Nucci⁴⁹ dispõe o seguinte:

Ou o crime é muito grave e não pode o indiciado ou acusado obter liberdade provisória, mas também deve haver a necessária decretação da prisão preventiva, ou, se esta não for obrigatória, a concessão da liberdade provisória também não pode ser automaticamente vedada.

Acerca da vedação à liberdade provisória, Delmanto lembra uma contradição presente no art. 3º, parte final, da Lei de Lavagem, a saber: o acusado, uma vez condenado (que responde ao processo preso ou solto, já que a lei não distingue) pode apelar em liberdade da sentença⁵⁰. Realmente, na parte final do art. 3º deste dispositivo, a própria lei admitiu a liberdade provisória, salvo melhor juízo!

Ademais, a prisão cautelar só poderá ser decretada se presentes a legalidade e necessidade. Cabe ao juiz no caso concreto, e não ao legislador ordinário, decidir sobre a decretação da prisão cautelar ou a manutenção da liberdade. Fernando Capez⁵¹ assim se pronuncia acerca da vedação à liberdade provisória:

Proibir a liberdade provisória por meio de uma regra geral implica subtrair do Poder Judiciário o exercício da atividade decisória e, conseqüentemente, violação aos princípios da independência e da separação dos poderes. O Poder Legislativo estaria julgando todos antecipadamente, subtraindo função típica do Poder Judiciário, o que contraria o art. 2º CF/1988. Além disso, prender o indivíduo antes da sentença final, sem que haja necessidade cautelar, apenas porque a lei determina a obrigatoriedade

⁴⁹ NUCCI, Op. cit., p. 723-724.

⁵⁰ DELMANTO, Loc. cit., p. 576.

⁵¹ CAPEZ, Op. cit., p. 194

da prisão provisória para certos crimes, implica a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, afrontando a presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII da CF/1988. Se uma pessoa, presumivelmente inocente, encontra-se presa antes mesmo da formação de sua culpa e sem que haja necessidade da prisão para o processo, está, na verdade, cumprindo antecipadamente a pena que lhe poderia ser imposta ao final. Nessa hipótese, se ela já está cumprindo a pena, não se pode dizer que há presunção de inocência, mas sim, ao contrário, presunção de culpa.

À vista do exposto, o legislador ordinário não pode pura e simplesmente vedar de forma antecipada e absoluta o exercício do direito fundamental à liberdade provisória. O devido processo legal deve ser observado. O Poder Judiciário não pode sofrer tolhimento na sua função típica de valorar se o réu faz jus à liberdade provisória naquele caso concreto. A proibição à liberdade provisória só seria cabível se presentes os requisitos da prisão preventiva ou temporária.

Portanto, o legislador deveria ter permitido que o juiz, no caso concreto, aquilatasse a possibilidade de concessão da liberdade provisória mediante a prestação de fiança de elevado valor.

A prisão preventiva só pode ser decretada se presentes indícios suficientes de autoria e prova de existência do crime e houver, pelo menos, um dos fundamentos legais a seguir: garantia da ordem pública ou econômica, ou conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Também se exige a presença de uma das hipóteses de admissibilidade prevista no art. 313 do Código de Processo Penal.

4.7 RESTRIÇÃO AO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE

A Súmula nº 9 do STJ dispõe o seguinte: a exigência de prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência. No entanto, esta súmula deve ser reinterpretada da seguinte forma: a exigência de prisão provisória para apelar, caso decretada de

acordo com seus estritos requisitos legais, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.

O art. 3º desta lei, dispõe:

“Os crimes disciplinados nesta lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. A Lei dos Crimes Hediondos também possui semelhante disposição. É certo que a Lei 9.613/98 não vedou de modo absoluto a apelação do réu em liberdade. No entanto, a vedação à apelação do réu solto só pode ser admitida se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Deve ser mencionado que o art. 594 do CPP foi revogado expressamente pela Lei 11.719/08. O art. 387, parágrafo único, do CPP agora com fulcro na CF/88, reza:

“O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

Portanto, a lei não pode condicionar o recolhimento do réu ao cárcere para o conhecimento do recurso de apelação. No mesmo sentido, a Súmula nº 347 do STJ assevera: “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Discorrendo sobre prisão provisória, Norberto Avena⁵² diz o seguinte:

Neste contexto, depreende-se que, doravante, a única prisão que poderá ser determinada ao réu solto após a prolação da sentença penal

⁵² AVENA, Op. cit., p. 814

condenatória e antes do seu trânsito em julgado é a preventiva, condicionada, obviamente, à presença de seus requisitos autorizadores. Não mais subsiste no ordenamento pátrio, então, a prisão decorrente de sentença condenatória como uma forma própria e autônoma de prisão provisória.

A vedação legal absoluta ao apelo em liberdade não pode ser efeito automático da condenação, sob pena de infringir os princípios da presunção de inocência⁵³ e do duplo grau de jurisdição. Caso a lei ordinária venha a proibir, de modo absoluto, o apelo em liberdade, deverá ser declarada inconstitucional pelo STF ou mediante controle incidental pelo juiz.

Sobre a sentença condenatória recorrível, Feitosa⁵⁴ assevera: “A sentença penal condenatória, se não houver fundamento cautelar, não poderá acarretar a prisão do réu”.

À vista do exposto, o legislador ordinário resolveu atender ao princípio da presunção da inocência e às ponderações da doutrina e jurisprudência.

4.8 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Esta questão é alvo de muitas controvérsias na doutrina.

Será que os bens apreendidos ou sequestrados só poderão ser liberados se o acusado provar sua origem lícita?

O art. 4º, § 2º da Lei 9.613/1988 reza que o denunciado tem o ônus de provar a licitude da origem de seus bens que foram objeto de apreensão ou sequestro. Segundo Barros, a distribuição do ônus da prova não fere o devido processo legal porque o art. 156 do CPP também se aplica à defesa⁵⁵. É importante observar que o perdimento de bens, o qual exige sentença transitada em julgado, não se insere neste dispositivo legal (Exposição de Motivos - Item 66).

⁵³ CF art. 5º, pacto São José Costa Rica, art. 7º, item 6.

⁵⁴ FEITOSA, op. cit., p. 308

⁵⁵ BARROS, Op. cit., p. 238.

O legislador brasileiro aqui seguiu a disposição prevista no art. 5º, nº 7 da Convenção de Viena. Também adotou-se a Recomendação nº 3 do GAFI/FATF⁵⁶

Segundo Nucci⁵⁷, durante a instrução, o ônus da prova é do indiciado ou acusado. A liberação somente ocorreria antes do julgamento da causa, se o interessado provasse a licitude da origem dos bens.

Seria dificultoso e demorado para o Estado provar a origem ilícita dos bens apreendidos ou sequestrados. É que os bens de origem ilícita podem se apresentar misturados com outros de origem lícita. Portanto, o próprio agente seria a pessoa mais indicada e adequada para provar a origem lícita dos seus bens.

O juiz poderá nomear pessoa para administrar os bens apreendidos ou sequestrados quando o acusado não se desincumbir de provar sua origem lícita.

Todavia, há um entendimento favorável ao acusado, senão vejamos: o legislador parece infringir o princípio segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega. Caberia ao Estado o ônus de provar a ilicitude da origem dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados. Não cabe ao réu provar a origem lícita do seu patrimônio, pois a licitude se presume. Inclusive, a dúvida quanto à origem do patrimônio milita a favor do réu. Portanto, caberia ao juiz, durante o processo, determinar a liberação dos bens, direitos e valores do acusado se o Ministério Público não se desincumbir de provar a origem ilícita daqueles.

Obviamente, se o acusado não pretender desde logo a liberação de seus bens, direitos e valores, poderá aguardar o final da instrução processual. Em havendo absolvição do réu, o sequestro ou a apreensão dos bens se tornam insubsistentes.

Caso a sentença definitiva seja condenatória, terá lugar o confisco. Luiz Flávio Gomes⁵⁸ interpreta este dispositivo do seguinte modo:

durante o curso do processo, tendo havido apreensão ou sequestro de bens, se o acusado,

⁵⁶ DE SANCTIS, Op. cit., p. 348.

⁵⁷ NUCCI, Op. cit., p. 725.

⁵⁸ GOMES, Op. cit., pp. 30-31

desde logo, espontaneamente (*sponte sua*, sublinhe-se), já comprovar sua licitude, serão liberados imediatamente, sem necessidade de se esperar a decisão final. Considerando-se a apreensão ou sequestro como medida cautelar, a libertação imediata seria uma medida de contracautela, reparadora da injustiça ocorrida pouco antes (no momento da privação dos bens)... o dever de devolução imediata dos bens ao acusado, desde que prontamente se constate que não são de origem ilícita, é do próprio juiz. Nada impede, no entanto, que o interessado apresente prova da legalidade de tais bens.

O art. 4º, § 3º, da mesma lei reza:

§ 3º. “Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal”.

O pedido de restituição de bens, direitos e valores só será conhecido mediante o comparecimento pessoal do acusado. Portanto, réu citado por edital e estando em local incerto e não sabido não terá o seu pedido de restituição examinado pelo juiz.

A lei deveria ter permitido ao advogado do acusado constituído com poderes especiais ou a terceiro autorizado, postular a restituição dos bens, direitos e valores. É discutível se a lei pode condicionar a restituição do patrimônio ao comparecimento pessoal e direto do acusado em juízo.

Nesse sentido, o comparecimento pessoal do réu a juízo evitaria que os bens fossem entregues a pessoas desconhecidas. Este dispositivo procura estimular o réu desaparecido a comparecer pessoalmente para responder aos termos da acusação. Talvez, o réu desaparecido não

teria interesse em comparecer pessoalmente para receber seus bens ante a possibilidade de restrição à sua liberdade por força de prisão preventiva, se presentes seus requisitos.

4.9 AÇÃO CONTROLADA

O conceito de ação controlada está disposto na lei que trata do crime organizado (art. 2º, II, da Lei 9.034/95). Também a Lei 11.343/06 prevê semelhante disposição.

Na Lei de Lavagem de Dinheiro, a finalidade da ação controlada é preservar o andamento das investigações e assegurar medidas de proteção aos bens de origem supostamente ilícita.

A ação controlada prevista na Lei 9.613/98 terá lugar quando uma organização criminosa praticar qualquer crime que tenha potencialidade para gerar ativos aptos à lavagem.

A suspensão da ordem de prisão temporária ou preventiva é uma medida cautelar cujo escopo é assegurar o sucesso da persecução penal. É que a execução imediata da prisão provisória poderia prejudicar seriamente o andamento das investigações. A efetivação imediata da prisão provisória, ainda que presentes os seus requisitos, não seria conveniente, uma vez que poderia levar ao desaparecimento ou ocultação de bens, e, até mesmo, a fuga de supostos autores da lavagem de dinheiro. Às vezes, é conveniente postergar as diligências e, somente agir em um momento mais propício e favorável para os fins da investigação.

4.10 SIGILO PROFISSIONAL

É muito comum o interesse público na persecução penal entrar em aparente conflito com o sigilo profissional do advogado. Sabemos que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, CF/88). Não obstante a previsão contida no art. 9º, IX da Lei nº 9.613/98, é controvertida esta obrigação legal de o advogado comunicar operações suspeitas de crimes de lavagem porventura praticadas por seus clientes. É possível estabelecer duas correntes acerca dessa colisão entre direitos fundamentais:

A primeira corrente entende basicamente o seguinte:

O Código de Processo Penal em seu art. 207 protege o sigilo profissional. Também é crime revelar segredos sem justa causa (arts. 153 e 154, ambos do Código Penal).

Não obstante a previsão inserta no art. 9º, IX da Lei 9.613/98⁵⁹, é controvertida esta imposição de o advogado comunicar operações suspeitas de crimes de lavagem porventura praticados por seus clientes.

O advogado, ao conhecer os fatos da causa, não pode descumprir seu dever de ofício, traindo e delatando o seu cliente que depositou nele a sua confiança (art. 7 da Lei nº 8.906/94). A lei, ao obrigar o advogado a delatar o seu constituinte, estaria amesquinhando o direito constitucional à ampla defesa. É também sabido que o advogado pode praticar crime de patrocínio infiel se trair os interesses de seu cliente, cujo patrocínio, lhe foi confiado em juízo (art. 355 do CP). Ademais, estaria sujeito a responder por uma infração disciplinar no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 34, VII da Lei nº 8.906/94).

É evidente que o advogado estará sujeito à devida persecução penal se vier a praticar alguma conduta tipificada na Lei de Lavagem.

A segunda corrente entende o seguinte: No processo penal, a busca da verdade real deve preponderar sobre o direito ao sigilo profissional. O advogado está compromissado com a ética e com a verdade. Não poderia o advogado falsear a verdade, devendo inclusive se abster de patrocinar causas contrárias à ética e à validade do ato jurídico. Portanto, o advogado deveria comunicar aos órgãos administrativos operações suspeitas de crimes de lavagem de dinheiro praticadas por seu cliente.

Também discute-se se o sigilo do inquérito policial pode ser oposto ao advogado (art. 20, CPP). O advogado somente poderá ter acesso aos autos do inquérito policial quando as diligências sigilosas tiverem sido concluídas. Este entendimento foi esposado nos autos do HC nº 86.059-1/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJU 30.06.2005 e no HC

⁵⁹ Art. 9º. Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) IX – as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operam no Brasil como agentes, dirigentes, **procuradoras**, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo. [grifo nosso].

82.354/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.09.2004, DJU 30.06.2005.

O acesso aos autos do inquérito policial deve ser garantido ao indiciado e seu advogado, ressalvadas as diligências em curso, cuja quebra de sigilo possa comprometer e ameaçar os objetivos da investigação.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que a Lei de Lavagem de Dinheiro é um instrumento eficaz para o combate à criminalidade organizada, embora ainda careça de várias modificações em seu texto.

O crime de lavagem de dinheiro afeta a economia formal e traz sérios prejuízos ao Estado e à sociedade de forma geral. O mundo civilizado não pode ficar refém daqueles que, sem freios inibitórios, procuram obter lucros advindos da prática de crimes.

Combater a lavagem de dinheiro significa fortalecer o sistema punitivo estatal e, ao mesmo tempo, tranquilizar o mercado financeiro e a sociedade.

Também é de suma importância que o Brasil celebre tratados de cooperação internacional com outros países, tendo em vista que os crimes de lavagem de dinheiro não conhecem fronteiras.

Quanto aos aspectos processuais desta lei, alguns de seus dispositivos devem ser reputados inconstitucionais. São exemplos: a vedação à fiança, à liberdade provisória e ao direito de apelar em liberdade. A vedação à suspensão do processo, no caso de o réu revel citado por edital, prejudica o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Observa-se que o Brasil vem se empenhando firmemente no combate à lavagem de dinheiro. Vários acordos internacionais foram celebrados nesse sentido. Inclusive, existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional buscando realizar algumas modificações na atual lei.

Embora possa representar violação à segurança jurídica, há projetos de lei para tornar o art. 1º desta lei, um rol meramente exemplificativo. Assim sendo, contravenções penais, sonegação fiscal, tráfico internacional de mulheres, estelionato, roubo qualificado, receptação, etc, poderiam ser considerados infrações precedentes aos crimes de lavagem de dinheiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA, Roberto. *Processo penal*: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Barueri – São Paulo: Manole, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Legislação penal especial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*. Campinas, São Paulo: Editora Mellennium, 2008.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.
- FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal*: Lei 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica. Niterói, RJ: Impetus, 2008.
- FELDENS, LUCIANO, POETA, MARTINS. *Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. Material da 2ª aula da Disciplina: Criminalidade Econômica e organizada. Ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL/ REDE LFG. 2007.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de dinheiro*. Curitiba: Juruá, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* (lavagem de ativos provenientes de crimes). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98, pp. 54-55.

_____. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reformas do código de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, William Terra de, et. al. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 10ª ed. Campinas: Millenium, 2008.